

WEKO vertrieb-von-yamaha-produkten-2022-05-10 vom 10. Mai 2022

WEKO, 2022-05-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_vertrieb-von-yamaha-produkten-2022-05-10

FR: WEKO vertrieb-von-yamaha-produkten-2022-05-10 du 10 mai 2022

IT: WEKO vertrieb-von-yamaha-produkten-2022-05-10 del 10 maggio 2022

Erwägungen

E. 41

163. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (Verhaltenskoordination) und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.²²⁸ 164. Im Folgenden wird geprüft, ob eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, d. h. eine Verhaltenskoordination (B.3.1), die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (B.3.2) durch Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen (B.3.3). B.3.1 Verhaltenskoordination 165. Die Verhaltenskoordination umfasst, als Oberbegriff, die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.²²⁹ 166. Eine Vereinbarung definiert sich durch folgende Tatbestandselemente: - Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen zwei oder mehreren wirtschaftlich voneinander unabhängigen Unternehmen, die kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.²³⁰ - Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.²³¹ Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig.²³² 167. Die Verträge zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern enthalten Klauseln zum Alleinbezug und zu Garantieleistungen, sahen bis im Jahr 2021 ein Verbot der Yamaha-Vertretungen vor, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen, und sehen eine alleinige Verkaufsberechtigung der HAG für technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber vor. Mit den Verträgen liegen Vereinbarungen vor. Die bis im Jahr 2021 geltende vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Motorräder und Roller mit den empfohlenen Preisen zu beschriften und die ab dem Jahr 2021 vertragliche Empfehlung, die Motorräder und Roller mit den empfohlenen Preisen zu beschriften, sind ebenfalls Vereinbarungen. 168. Das Bundesgericht definiert im Pfizer-Urteil aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen durch folgende Tatbestandselemente, wobei es die Notwendigkeit einer wertenden Gesamtbetrachtung hervorhebt²³³: - Erstens, eine Abstimmung unter den Marktteilnehmern bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens, die auf der Verwertung von Informationen beruht, die unter normalen

²²⁸ BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, Pfizer. Siehe auch BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, Paul Koch AG/WEKO. ²²⁹ BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, Pfizer. ²³⁰ BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, Paul Koch AG/WEKO; BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014,

E. 5.3.1.1.20, Siegenia-Aubi AG/WEKO; BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.2, Gaba/WEKO; BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.4, Gebro/WEKO. BGE 147 II 72, 77 f. E. 3.2 f., Pfizer. Siehe auch BGE 147 II 72, 78 E. 3.3, Pfizer: «Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden». 231 BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.2, Gaba/WEKO; BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.4, Gebro/WEKO. 232 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. 233 BGE 147 II 72, 88 f. E. 4.5.1, Pfizer.

E. 42

Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Es geht dabei um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse auf Preise, Umsätze, Produktentwicklung etc. zulassen²³⁴; oder ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen.²³⁵ - Zweitens, ein Abstimmungserfolg, d. h. im Allgemeinen die Umsetzung der Abstimmung, namentlich, dass sich die Unternehmen auf dem Markt entsprechend dieser Abstimmung verhalten.²³⁶ Wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist separat zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.²³⁷ Im Zusammenhang mit Preisempfehlungen hielt das Bundesgericht im Pfizer-Urteil in Bezug auf den Einzelfall fest, dass sich der Abstimmungserfolg auf deren Befolgung bezieht, wobei der Befolgungsgrad entscheidend ist.²³⁸ Bei der Frage, ob und gegebenenfalls zwischen welchen Unternehmen eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG stattgefunden hat, wurde die Anzahl Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlung anwenden ermittelt (erster Befolgungsgrad).²³⁹ Im Zusammenhang mit Preisabreden und Preisempfehlungen ist die von der jeweiligen Verkaufsstelle verfolgte Preispolitik entscheidend und somit die Tatsache, ob der Preis von der Verkaufsstelle im Rahmen ihrer Strategie von der Empfehlung abweichend festgesetzt wird oder nicht.²⁴⁰ Eine Verkaufsstelle, die Rabatte nur punktuell und nicht generell gewährte, galt dabei als die Preisempfehlung befolgend.²⁴¹ Im Pfizer-Fall hielt das Bundesgericht fest, dass die Befolgungsrate weit über dem vielfach explizit und implizit geforderten Befolgungsgrad von 50 % lag und insofern ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten gegeben war.²⁴² - Drittens, ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten.²⁴³ Das Bundesgericht erkennt in diesem Zusammenhang zwei Beweiserleichterungen an.²⁴⁴ Nach der ersten Beweiserleichterung gilt bei nachgewiesener Abstimmung die widerlegbare Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben.²⁴⁵ Die zweite Beweiserleichterung besagt, dass Gleichverhalten zwischen den Verkaufsstellen als Indiz für ein abgestimmtes Verhalten dient.²⁴⁶ Gleichverhalten wird dann zu einem Beweis, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen.²⁴⁷

234 BGE 147 II 72, 79 f. E. 3.4.2.1, 3.4.2.2, Pfizer. 235 BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.2.3, Pfizer. 236 BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3 Pfizer. 237 BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3 Pfizer. 238

BGE 147 II 72, 93 E. 5.3.1, Pfizer. 239 BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.3 f., Pfizer, vgl. zum zweiten Befolungsgrad, Rz 202. 240 BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.4, Pfizer. 241 BGE 147 II 72, 94 f. E. 5.3.5, Pfizer. 242 BGE 147 II 72, 96 E. 5.3.7, Pfizer. 243 BGE 147 II 72, 82 E. 3.4.4, Pfizer. 244 BGE 147 II 72, 82 ff. E. 3.4.4 und 5.4.2 ff., Pfizer. 245 BGE 147 II 72, 97 E. 5.4.2.1, Pfizer. 246 BGE 147 II 72, 97 ff. E. 5.4.2.2, Pfizer m. w. H. 247 BGE 147 II 72, 97 ff. E. 5.4.2.2, Pfizer.

E. 43

169. Im vorliegenden Fall gibt die HAG jährlich Preislisten für die Yamaha-Fahrzeuge ab. Die Preislisten waren/sind im Internet einsehbar und damit allgemein zugänglich. Die in den Preislisten enthaltenen Preise waren bis im Jahr 2021 nicht ausdrücklich als unverbindlich, sondern lediglich als «empfohlene Verkaufspreise» gekennzeichnet (Rz 111). Alle Yamaha-Partner waren zudem bis im Jahr 2021 vertraglich verpflichtet, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111) und die HAG stellte den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung (Rz 117). Schliesslich liegen dem Sekretariat Hinweise aus dem Markt auf eine Einflussnahme der HAG auf die Preispolitik der Yamaha-Partner vor. Die Verhaltensweise der HAG geht vorliegend über Preisempfehlungen, welche in Katalogen festgeschrieben werden, hinaus. Gestützt auf diese Umstände ist von einer Abstimmung auszugehen. 170. In Bezug auf die angeschriebenen Verkaufspreise hat die Befragung der Yamaha-Partner ergeben, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug mit dem empfohlenen Preis der HAG (gemäss der Preisanschriftsklauseln) beschriftet wurde. Den Endkundinnen und Endkunden gegenüber wurde also in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe zunächst das Fahrzeug zum empfohlenen Preis angeboten. Dies zeigt, dass eine einheitliche Preisanschrift vorliegt. Betrachtet man den durchschnittlichen Anteil der Verkaufsstellen, welche mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften, so liegt dieser bei ca. 42 % (Rz 132). Gestützt auf eine Gesamtbetrachtung der genannten Umstände ergeben sich Anhaltspunkte für einen Abstimmungserfolg. 171. In Anbetracht der oben genannten Beweiserleichterungen und der Umstände des vorliegenden Falles, dürfte ein Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsverhalten der HAG, d. h. der Publikation der Preisempfehlungen in Verbindung mit den weiteren Elementen, und dem vorgenannten Abstimmungserfolg gegeben sein. 172. Mit (i) der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich, sondern als «empfohlene Verkaufspreise» bezeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt bei rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize, liegen Anhaltspunkte für eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor. B.3.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 173. Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird eine Abrede dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. 248 Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so

eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden.²⁴⁹ 174. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».²⁵⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist,

248 BGE 147 II 72, 83 f. E. 3.5, Pfizer. 249 BGE 147 II 72, 83 f. E. 3.5, Pfizer m. w. H. 250 RPW 2017/2, 287 Rz 42, Husqvarna m. w. H.

E. 44

eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verur- sachen.²⁵¹ Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.²⁵² Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig.²⁵³ 175. Wie bereits der Gesetzestext mit dem Wort «oder» zum Ausdruck bringt, sind «bezwe- cken» resp. «bewirken» Alternativen.²⁵⁴ Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.²⁵⁵ Das «Bewirken» einer Wettbewerbsbeschrän- kung ist anhand der tatsächlichen und erwarteten künftigen Auswirkungen zu beurteilen, die das Zusammenwirken im konkreten Fall zeitigt.²⁵⁶ Zwischen dem Zusammenwirken und der Wettbewerbsbeschränkung muss dabei ein Kausalzusammenhang bestehen.²⁵⁷ 176. Die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, für die mit (i) der Abgabe der (allge- mein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich ge- kennzeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfü- gung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt bei rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize Anhaltspunkte vorliegen (Rz 172), hat den Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand. Es bestehen Anhalts- punkte, dass diese aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschrän- kung bezweckt, da sie objektiv geeignet ist, die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Fahrzeuge festzulegen. 177. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bzgl. Alleinbezug (Rz 41 ff.) haben den Wettbewerbsparameter Gebiet zum Gegenstand und be- zwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, da sie objektiv geeignet sind, Parallelimporte auf indirekte Weise zu unterbinden. 178. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die die Herstellergarantie für Fahrzeuge und Originalersatzteile auf diejenigen beschränken, die durch die HAG importiert wurden (Garantiebeschränkungen) (Rz 71 ff.), haben den Wettbe- werbsparameter Gebiet zum Gegenstand und bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, da sie objektiv geeignet sind, Parallel- und/oder Direktimporte auf indirekte Weise zu be- schränken. 179. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handels- betriebe zu verkaufen (Rz 97), haben den Wettbewerbsparameter Kunden zum Gegenstand und können eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, da sie objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zwischen Konkurrenten zu beschränken. Gleiches dürfte für den vertraglichen

²⁵¹ RPW 2017/2, 287 Rz 42, Husqvarna m. w. H. ²⁵² RPW 2017/2, 287 Rz 42, Husqvarna m. w. H.; BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer; BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2, Altimum SA; BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.3, Gaba/WEKO; BVGer B- 463/2010 vom

19.12.2013, E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 253 BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer; siehe auch z. B. Urteil des EuGH C-228/18 vom 2.4.2020 Ga- zdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. et al., Rz 37 m. w. H. 254 Statt aller RPW 2019/3a, 954 Rz 2276, Badezimmer. 255 BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer. 256 BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer; RPW 2019/3a, 954 Rz 2277 m. w. H., Badezimmer; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 KG N 142 f. 257 BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer; BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.10, Paul Koch AG/WEKO.

E. 45

Vorbehalt der HAG, als einzige technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), gelten. 180. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die einen Garantieausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. 181. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern, die eine Verpflichtung der Yamaha-Partner vorsahen, nur Yamaha-Originalteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. B.3.3 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 182. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren d. h. auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Für die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Wettbewerbsabreden gelangt die Vertikalbekanntmachung zur Anwendung. Die Vertikalbekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellerebene (sog. dualer Vertrieb; Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek). 183. Die HAG bezieht die Yamaha-Produkte als Generalimporteurin für die Schweiz und Liechtenstein bei der Herstellerin und vertreibt diese, abgesehen von technisch modifizierten Fahrzeugen, nach ihren Angaben, ausschliesslich an die Yamaha-Partner. Die Yamaha-Partner übernehmen dann den Weiterverkauf der Yamaha-Produkte und erbringen Serviceleistungen. Demnach stehen die HAG und die Yamaha-Partner in Bezug auf den Vertrieb der Yamaha-Produkte auf unterschiedlichen Marktstufen. Abreden im Zusammenhang mit Yamaha-Produkten sind somit grundsätzlich vertikal. 184. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen gleicher Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die HAG aufgrund (i) eines allfälligen direkten Vertriebes der Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe und (ii) des direkten Vertriebes der HAG technisch modifizierter Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber, als Wettbewerberin der Yamaha-Partner auftritt. 185. In der AdBlue-Verfügung hat die WEKO im Zusammenhang mit einer Kundenaufteilung geprüft, ob sich die Vertragsparteien als (aktuelle oder potenzielle) Wettbewerberinnen gegenüberstehen.²⁵⁸ Zu diesem Zweck hat sie zunächst festgestellt, welche die aufgeteilten Kundengruppen sind und anschliessend geprüft, ob

diese Kundenkategorien ohnehin nur von einer der Vertragsparteien hätten beliefert werden können.²⁵⁹ Letzteres hätte gegen ein diesbezügliches Wettbewerbsverhältnis gesprochen.²⁶⁰ Die WEKO berücksichtigte dabei, dass (i) sich die Kunden nicht eindeutig in Grosskundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch das eine Unternehmen hätten beliefert werden können, und Kleinkundinnen und -kunden, die nur durch das andere Unternehmen hätten beliefert werden können einteilen liessen und (ii) dass beide Unternehmen dieselben Produkte im Angebot hatten und es somit eine Schnittmenge

258 RPW 2020/2, 631 Rz 52, AdBlue. 259 RPW 2020/2, 631 Rz 53, AdBlue. 260 RPW 2020/2, 631 Rz 53, AdBlue, a contrario.

E. 46

von Kundinnen und Kunden gegeben haben dürfte, welche beide Unternehmen ohne bedeutende Investitionen hätten bedienen können.²⁶¹ Die WEKO hielt weiter fest, dass die mit Kundinnen und Kunden des jeweiligen anderen Unternehmens erzielten Umsatz- und Mengenan- teile zeigen, dass die vertraglich vorgenommene Kundenzuteilung sich nicht ohnehin aus der unterschiedlichen Kundenausrichtung ergeben hätte.²⁶² Schliesslich hielt die WEKO fest, dass das eine Unternehmen auch ohne Zusammenarbeit mit dem anderen ins Geschäft mit dem Produkt eingestiegen wäre und es somit zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung eine potenzielle Wettbewerberin war.²⁶³ 186. Vorliegend ist das den Yamaha-Vertretungen bis im Jahr 2021 auferlegte vertragliche Verbot, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) vom vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), zu unterscheiden. 187. Zu dem den Yamaha-Vertretungen bis im Jahr 2021 auferlegten vertraglichen Verbot, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) ist Folgendes festzuhalten: Bei den Kundengruppen, deren Belieferung mit Vertragsprodukten den Yamaha- Vertretungen vertraglich untersagt war, handelt es sich einerseits um Behörden und anderer- seits um gewerbliche Endverbraucher oder Wiederverkäufer (Handelsgesellschaften). Die Frage, ob diese Kundengruppen, ohnehin nur durch die HAG hätten beliefert werden können, ist vorliegend zu verneinen, was von der HAG auch nicht in Frage gestellt wird. Zudem geben drei von sieben Yamaha-Vertretungen an, Standardfahrzeuge an Behörden und Handelsbe- triebe zu verkaufen (Rz 104). Im vorliegenden Fall verfügt das Sekretariat über keine abschliessenden Angaben in Bezug auf die Mengen- und Umsatzanteile der HAG und der Yamaha-Vertretungen mit dem Verkauf der Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe. Zwei Gesellschaften der hostettler group, die HESS HAG und die HRAG bzw. HMAG, erzielten mit dem Vertrieb von Yamaha-Produkten auf Endkundenstufe in der Schweiz Umsätze (Rz 27 f.). Es ist hingegen nicht bekannt, wie viele davon an Behörden und Handelsbetriebe verkauft wurden und welchen Anteil am Umsatz diese ausmachen. In Bezug auf die Yamaha- Vertretungen fehlen solche Angaben. Schliesslich ist zwar zweifelhaft, dass die Yamaha-Ver- tretungen auch ohne die Zusammenarbeit mit der HAG ins Geschäft mit den Yamaha-Ver- tragsprodukten eingestiegen wären. Aufgrund der übrigen Elemente ist davon auszugehen, dass ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis zwischen den Yamaha-Vertretungen und der HAG in Bezug auf den Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe be- steht. 188. Zum vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.) ist Folgendes festzuhalten:

Bei den Kundengruppen, deren Belieferung mit technisch modifizierten Fahrzeugen sich die HAG vorbehalten hat, handelt es sich einerseits um Behörden und andererseits um gewerbliche Endverbraucher oder Wiederverkäufer (Handelsgesellschaften und Flottenbetreiber). Die Frage, ob diese Kundengruppen ohnehin nur durch die HAG hätten beliefert werden können, bejaht die HAG mit der Begründung, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC vorgängig abgenommen werden müssten, Yamaha dafür strenge Richtlinien vorgebe und die Yamaha-Partner nicht die nötige Ausrüstung dafür hätten (Rz 101 f.). Vier Yamaha-Partner geben tatsächlich an, keine technisch modifizierten Fahrzeuge aufgrund fehlender Kapazitäten zu verkaufen (Rz 105). Dies deutet darauf hin, dass die Yamaha-Partner Investitionen tätigen müssten, um Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen zu beliefern. Demgegenüber geben drei Yamaha-Partner an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber ver-

261 RPW 2020/2, 631 Rz 53, AdBlue. 262 RPW 2020/2, 631 Rz 38 und 53, AdBlue. 263 RPW 2020/2, 631 Rz 54, AdBlue.

E. 47

kauft zu haben (Rz 105). Im vorliegenden Fall verfügt das Sekretariat über keine abschliessenden Angaben in Bezug auf die Mengen- und Umsatzanteile der HAG und der Yamaha-Partner mit Yamaha-Standardfahrzeugen resp. mit technisch modifizierten Yamaha-Fahrzeugen. Das Sekretariat verfügt einerseits über Angaben von drei Yamaha-Partnern, überhaupt technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Andererseits sind dem Sekretariat die Anzahl technisch modifizierter Fahrzeuge, die die HAG an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkauft, sowie die Umsätze der HAG mit diesen Produkten bekannt. Die Anzahl ist sehr gering und belief sich im Jahr 2018 auf [...] Motorräder und [...] Roller (Rz 26). Der Umsatz, den die HAG auf Endkundenstufe mit dem Vertrieb von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden/Handelsbetriebe in der Schweiz im Jahr 2018 erzielte, betrug rund CHF [...] (Rz 28). Schliesslich ist im vorliegenden Fall zweifelhaft, dass diejenigen Yamaha-Partner, die angeben, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, auch ohne die Zusammenarbeit mit der HAG ins Geschäft mit den technisch modifizierten Yamaha-Fahrzeugen eingestiegen wären. Dies deutet darauf hin, dass die Yamaha-Partner zum Zeitpunkt der Vereinbarung keine potenziellen Wettbewerber der HAG in Bezug auf technisch modifizierte Fahrzeuge waren. Letztlich ist gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht auszuschliessen, dass zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf den Verkauf von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber besteht.

189. In der AdBlue-Verfügung bejahte die WEKO ein absatzseitiges Wettbewerbsverhältnis und stellte dann die Frage, ob das absatzseitige Wettbewerbsverhältnis gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek) oder als dualer Vertrieb gemäss den Regeln der Vertikalbekanntmachung zu würdigen ist.²⁶⁴ Die WEKO hielt fest, dass eine Konstellation, in der eine Importeurin, die selbst Distributorin und nicht Herstellerin ist und als Wettbewerberin eines Händlers auftritt, keinen dualen Vertrieb i. S. der Vertikalbekanntmachung darstellt.²⁶⁵ 190. Zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern liegen nicht gegenseitige vertikale Vereinbarungen i. S. v. Ziff. 8 Abs. 2 lit. a VertBek (Rz 182 i. f.) vor. Die HAG ist nicht

Herstellerin, sondern Importeurin und Distributorin der Yamaha-Produkte. Somit ist das absatzseitige Horizontalverhältnis zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bezüglich des Verkaufs von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe unabhängig von der Vertikalbekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu würdigen. Abreden im Zusammenhang mit dem Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe werden somit unter horizontalen Gesichtspunkten geprüft. 191. Die HAG macht im Zusammenhang mit ihrem Vorbehalt, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, geltend, sie müsse bei technisch modifizierten Fahrzeugen selbst noch technische Änderungen vornehmen, wie z. B. das Anbringen von Sirenen und Polizeileuchtzeichen, und würde so einen kleinen Teil der Herstellung übernehmen (Rz 103). Nach Ansicht des Sekretariats ist es zweifelhaft, dass das Anbringen von Sirenen und Leuchtzeichen die HAG

264 RPW 2020/2, 631 Rz 55, AdBlue. 265 RPW 2020/2, 632 Rz 55, AdBlue. Gemäss der wohl herrschenden Lehre findet die Ausnahmevorschrift des EU-Rechts hinsichtlich dualen Vertriebes auf reine Handelsunternehmen, die etwa im Verhältnis Grosshändler – Einzelhändler zueinanderstehen, keine Anwendung. Siehe: JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 Abs. 4, N 473 und 480; ROBERT KLOTZ, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Helmut Schröter et al. (Hrsg.), 2. Aufl., 2014, Art. 101 N 739; MICHAEL BARON, in: Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), 3. Aufl., 2016, Art. 2 GVO-Vertikal N 134 f; FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition Law, 3. Aufl., N 4.42-4.48.

E. 48

als Herstellerin von technisch modifizierten Fahrzeugen qualifiziert. Nach Ansicht des Sekretariats ist die HAG auch in Bezug auf technisch modifizierte Fahrzeuge nicht Herstellerin, sondern Importeurin und Distributorin. Folglich dürfte auch die Abrede betreffend den Verkauf von technisch modifizierten Fahrzeugen an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber unabhängig von der Vertikalbekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu würdigen sein. Abreden in diesem Zusammenhang werden unter horizontalen Gesichtspunkten geprüft. B.3.4 Zwischenfazit 192. Zusammenfassend liegen Anhaltspunkte für Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG in den nachfolgenden Punkten vor: 193. Mit (i) der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, (ii) der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, bis im Jahr 2021 die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), (iii) der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, (iv) dem Umstand, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und (v) den Hinweisen auf Druck und Anreize (Rz 172), liegen Anhaltspunkte für eine abgestimmte Verhaltensweise vor, die den Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand hat. Es bestehen Anhaltspunkte, dass diese aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, da sie objektiv geeignet ist, die Wiederverkaufspreise der Yamaha-Fahrzeuge festzulegen.

194. Mit den vertraglichen Alleinbezugsverpflichtungen (Rz 41 ff.) und Garantiebeschränkungen (Rz 71 ff.) zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die den Wettbewerbsparameter Gebiet zum Gegenstand haben und Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken (Rz 177 resp. 178). 195. Mit den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97), liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe vor, die den Wettbewerbsparameter Kunden zum Gegenstand haben und eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Es ist nicht auszuschliessen, dass dies auch für den vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), gilt. 196. Mit dem vertraglichen Garantiausschluss, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), liegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken können. 197. Schliesslich liegen mit der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verwenden und zu verkaufen (Rz 77), Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken könnten. B.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG 198. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Für Abreden, die von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfasst werden, gilt ausserdem die gesetzliche Vermutung, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Kann diese Vermutung widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bzw.

E. 49

Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG.²⁶⁶ Solche Abreden sind unzulässig, falls sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).²⁶⁷ 199. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob bzw. für welche Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG Anhaltspunkte bestehen (B.4.1), ob diese zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (B.4.2), ob ggf. eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (B.4.3) und es ggf. eine Rechtfertigung für die Abrede gibt (B.4.4). B.4.1 Wettbewerbsabreden 200. Im Folgenden wird das Vorliegen von vertikalen Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.4.1.1), vertikalen indirekten Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.4.1.2) sowie horizontalen Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG (B.4.1.3) geprüft. B.4.1.1 Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG 201. Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG sind Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise. Preise können auch auf indirekte Weise festgesetzt werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek), z. B. durch Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler (vgl. Rz 5 VertBek-Erläuterungen). Auch in Empfehlungsförmig gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken, werden von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek). 202. Das Bundesgericht hielt im Pfizer-Urteil Folgendes zur Qualifikation von

Preisempfehlungen als vertikale Preisabreden fest: - Kartellrechtlich ist die Benennung als Empfehlung bzw. Preisempfehlung nicht entscheidend, sondern die Frage, ob der Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG durch die als Empfehlung bezeichnete Verhaltensweise erfüllt wird;²⁶⁸ - Nachdem bei der Prüfung, ob eine Verhaltenskoordination in Form einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, ein erster Befolungsgrad geprüft wurde, ist im Rahmen von Art. 5 KG ein zweiter Befolungsgrad von Bedeutung.²⁶⁹ Der zweite Befolungsgrad betrifft die Anzahl Einheiten, die von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Preis verkauft werden, und ist für die Beantwortung der Frage relevant, ob der «empfohlene» Preis einen Fest- oder Mindestpreis nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.²⁷⁰ 203. Zu prüfen ist, ob aufgrund der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln, Rz 111), der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, des Umstandes, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde, der Hinweise auf Druck und Anreize (Rz 172), sowie der Abgabe (allgemein zugänglicher) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren,

266 BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, Pfizer m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, Gaba; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, Altimum SA. 267 BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, Pfizer. 268 BGE 147 II 72, 86 E. 4.3, Pfizer. 269 BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.4, Pfizer. 270 BGE 147 II 72, 93 f. E. 5.3.3 und 5.3.4, Pfizer.

E. 50

Anhaltspunkte für eine vertikale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bezüglich Motorräder und Roller vorliegen. 204. Im Durchschnitt wurde in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet. Art. 3 Abs. 1 der Preisbekanntgabeverordnung (PBV)²⁷¹ hält fest, dass für Waren, die der Konsumentin oder dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden, der tatsächlich zu bezahlende Preis in Schweizerfranken (Detailpreis) bekanntzugeben ist. In rund 93 % der Fahrzeugverkäufe wurde den Endkundinnen und Endkunden das Fahrzeug zunächst zum empfohlenen Verkaufspreis der HAG angeboten und damit der Eindruck erweckt, es handle sich dabei um den vom Händler bzw. der Händlerin selber festgelegten Verkaufspreis.²⁷² Die Endkundinnen und Endkunden hatten dann die Möglichkeit, mit dem Yamaha-Partner über den Preis, den sie letztendlich für das Fahrzeug bezahlen, zu verhandeln. In nur 7 % der Fahrzeugverkäufe informierten die Yamaha-Partner die Endkundinnen und Endkunden von sich aus über verfügbare Rabatte. Damit bestand ein Anreiz für die Yamaha-Partner, keine tieferen Preise festzulegen als dem empfohlenen Verkaufspreis. 205. Im vorliegenden Fall gibt eine Minderheit der Yamaha-Partner an, die HAG versuche Einfluss auf die Wiederverkaufspreise zu nehmen. Zwei Yamaha-Partner geben an, dass die Einhaltung kontrolliert werde und bei Nichteinhaltung Konsequenzen drohen würden. Einer dieser Yamaha-Partner gibt zudem an, dass zwecks Einhaltung der Preisempfehlung Anreize gewährt und Druck ausgeübt würde. 206. Laut dem Pfizer-Urteil ist bei der Subsumption einer abgestimmten Verhaltensweise betreffend Preisempfehlungen unter Art. 5 Abs. 4 KG zu prüfen, wie viele Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis abgesetzt werden (zweiter Befolungsgrad). Die Yamaha-Partner-Befragung zur

Preispolitik hat ergeben, dass knapp 40 % der verkauften Fahrzeuge zum empfohlenen Preis der HAG verkauft werden. Dies beruht auf einer konservativen Berechnung des Befolungsgrades, die für die Ermittlung des Befolungsgrades auf die Fahrzeuge im Grundmodell, also exklusive Sonderausstattung, abstellt. Der Befolungsgrad würde tiefer ausfallen (31 %, Rz 133), wenn die Sonderausstattung in die Berechnung mit einbezogen würde. Beim Kauf eines Fahrzeuges verhandeln die Endkundinnen und Endkunden den Verkaufspreis oftmals mit dem Händler. Dies hat wahrscheinlich im vorliegenden Fall zur Abweichung zwischen dem angeschriebenen Verkaufspreis und dem Preis, den die Endkundinnen und Endkunden tatsächlich für das Fahrzeug bezahlt haben, geführt. Schliesslich ist bezüglich des Umfanges der Rabatte anzumerken, dass die gewährten Rabatte durchschnittlich einen Anteil von [10-20]% an der Bruttomarge der Yamaha-Partner darstellen (Rz 136). 207. In Anbetracht aller genannten Umstände bestehen Anhaltspunkte, dass die Preisanschriftspflicht in den Verträgen zu einer indirekten Preisabrede führte. Hierzu tragen auch die Hinweise für die Ausübung von Druck zur Einhaltung der Preisempfehlungen bei. Obwohl die befragten Verkaufsstellen im analysierten Zeitraum die Preisanschriftspflicht weitgehend befolgten, verkauften sie die Mehrheit der Motorräder und Roller letztlich mit Rabatt. Dies legt nahe, dass den Konsumentinnen und Konsumenten ein Preisverhandlungsspielraum zukam und sie diesen auch nutzten. B.4.1.2 Vertikale indirekte Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG 208. Nach Art. 5 Abs. 4 KG sind vertikale Gebietsschutzabreden Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten,

271 Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11.12.1978 (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211), siehe auch Broschüre des SECO, Preisbekanntgabeverordnung PBV Preisbekanntgabe für Motorfahrzeuge. 272 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht mit Art. 3 Abs. 1 PBV kompatibel wäre, falls der Händler lediglich den empfohlenen und nicht den tatsächlichen Verkaufspreis ausweist.

51

soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Eine Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG erfordert nebst einer vertikalen Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 4 Abs. 1 KG, nach dem Wortlaut des Gesetzes (i) einen Vertriebsvertrag, (ii) eine Gebietszuweisung und (iii) einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss (Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek und Rz 6 VertBek-Erläuterungen).²⁷³ Ein absoluter Gebietschutz liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt durch Abrede untersagt sind.²⁷⁴ Zu prüfen ist, ob aufgrund (i) der vertraglichen Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner (Rz 41 ff.) und/oder (ii) der vertraglichen Garantiebeschränkungen (Rz 71 ff.) Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen. Indirekter absoluter Gebietschutz durch Bezugsbeschränkungen 209. Zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen unter anderem vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen (Rz 8 VertBek-Erläuterungen).²⁷⁵ Zu prüfen ist, ob aufgrund der vertraglichen Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner der Vertragsprodukte Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen. 210. Mit den schriftlichen Rahmenverträgen 2017/2018 zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern

wurden die Yamaha-Partner vertraglich dazu verpflichtet, die Yamaha-Produkte nur bei der HAG, d. h. in der Schweiz, zu beziehen (Rz 41 ff.). Damit wurde den Yamaha-Partnern indirekt das Gebiet Schweiz zugewiesen. Zudem war es den Yamaha-Partnern damit vertraglich indirekt untersagt, Kaufanfragen für Yamaha-Produkte bei anderen Bezugsquellen im Ausland zu tätigen, welche passive Verkäufe in die Schweiz hätten auslösen können. Dies gilt auch für die Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, die Vertragsprodukte nur bei der HAG bzw. einer ihr zugewiesenen Yamaha-Vertretung zu beziehen (Rz 45). Hinsichtlich der Möglichkeit von Parallelimporten gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner an, dass der Parallelimport von Yamaha-Produkten möglich sei (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner (5 %) gibt an, Parallelimporte von Yamaha-Produkten zu tätigen (Rz 58). Bezüglich der Anzahl parallel- und direktimportierter Fahrzeuge 2018 gab die HAG an, dass diese ca. 0,6 % aller Fahrzeuge betreffen würden. Die HAG hat den Wortlaut der Alleinbezugs klauseln ihrer revidierten Verträge 2021 geringfügig geändert. Der neue Wortlaut suggeriert weiterhin eine Alleinbezugsverpflichtung. 211. Ungeachtet vorgenannter Bestimmungen, deuten Bestimmungen sowohl der ursprünglichen als auch der revidierten Liefervereinbarungen 2021 der Yamaha-Partner, in denen für die Preise von Dienstleistungen der HAG unter anderem die «EG-Übereinstimmungsbescheinigung – COC (Parallelimport)» und die «Bestätigung für Yamaha-Fahrzeuge 25/35 kW/full power (Parallelimport)» aufgeführt werden (Rz 47), darauf hin, dass Parallelimporte von Yamaha-Produkten möglich sind. 212. Die Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner, inklusive der Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, die Vertragsprodukte nur bei der HAG bzw. einer ihr zugewiesenen Yamaha-Vertretung zu beziehen, ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute

273 SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 495; BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1 f., Nikon AG/WEKO; BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, Gaba. 274 SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 510; BGE 143 II 297, 330 E. 6.3.5, Gaba. 275 RPW 2019/4, 1165 Rz 65 ff., Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren; BGE 143 II 297, 328 E. 6.3, Gaba; BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.1, Nikon AG/WEKO m. w. H.

52

Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern hinsichtlich aller Yamaha-Produkte. 213. Wie oben erwähnt, wird zurzeit davon abgesehen, zu prüfen, ob die vertragliche Mindestbestellmenge (Ziff. 2.13 revidierte Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung) Bezugsbeschränkungen für die Yamaha-Vertretungen nach sich zieht (Rz 64). Es wird jedoch empfohlen, die Klausel hinsichtlich Mindestbestellmenge dahingehend zu präzisieren, dass die Winterbestellung, die die Mindestbestellmenge vorsieht, ein Sonderangebot darstellt und es optional für die Yamaha-Vertretungen ist, diese Bestellung zu tätigen. Indirekter absoluter Gebietsschutz durch Garantiebeschränkungen 214. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch vorliegen, wenn der Anbieter Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlern auf direkt- oder parallelimportierten Produkten erbracht werden (vgl. Rz 8 VertBek-Erläuterungen). 276 Ein indirekter Gebietsschutz liegt indes nicht vor, wenn die Produkte in einem Selektivvertrieb i. S. v. Ziff. 4 VertBek vertrieben werden und die Herstellergarantie zum Schutz des Selektivvertriebs auf Produkte beschränkt wird, die im

offiziellen Vertriebsnetz, d. h. bei einem zugelassenen Händler bezogen wurden.²⁷⁷ Zu prüfen ist, ob aufgrund der Vertragsbestimmungen, die die Garantieleistungen der HAG gegenüber den Yamaha-Partnern auf von der HAG importierte Fahrzeuge und Originalersatzteile beschränken, Anhaltspunkte für vertikale absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen. 215. Die Abklärungen hinsichtlich Garantieleistungen haben ergeben, dass die HAG gegenüber den Yamaha-Partnern Garantiarbeiten an Yamaha-Fahrzeugen jedenfalls in den Jahren bis 2021 nur vergütete, wenn das Yamaha-Fahrzeug durch die HAG in die Schweiz importiert worden ist. Ebenso wurden von den Yamaha-Partnern erbrachte Garantieleistungen an Yamaha-Fahrzeugen von der HAG nur vergütet, wenn die Yamaha-Partner für diese Reparaturen Yamaha-Originalersatzteile verwendet hatten, die sie bei der HAG bezogen hatten. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die HAG auf direkt- und parallelimportierten Yamaha-Fahrzeugen keine Herstellergarantie gewährt bzw. eine solche verweigert, wenn importierte Yamaha-Originalersatzteile verwendet wurden. Dadurch kann der Direkt- und Parallelimport von Yamaha-Fahrzeugen und Yamaha-Originalersatzteilen indirekt beschränkt worden sein. 216. Gemäss WEKO Praxis ist es hingegen kartellrechtlich zulässig, wenn ein Anbieter eine eigens finanzierte erweiterte Garantie an die Bedingung knüpft, dass das Produkt über sie bezogen und nicht parallelimportiert wurde.²⁷⁸ Die HAG beschränkt das durch sie finanzierte zusätzliche Garantiejahr der Swiss Garantie auf Fahrzeuge, die sie selbst in die Schweiz importiert hat. Dies ist kartellrechtlich zulässig. 217. Zusammenfassend stellen die Weigerung der HAG, die während der Dauer der Herstellergarantie durch Yamaha-Partner an parallel- oder direktimportierten Fahrzeugen erbrachten Garantieleistungen zu vergüten bzw. die vertragliche Beschränkung der Herstellergarantie auf von der HAG importierte Yamaha-Fahrzeuge und -Originalersatzteile Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hinsichtlich Yamaha-Fahrzeugen und -Originalersatzteilen dar. B.4.1.3 Horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG 218. Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG bestehen in einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern.²⁷⁹ Zu prüfen ist, ob aufgrund (i) des den Yamaha-Vertretungen bis

276 BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 7.3.2, Nikon AG/WEKO; Rz 50

EU-Vertikalleitlinien. 277 RPW 2014/2, 411 Rz 40 ff., Jura m. w. H. 278 RPW 2016/2, 478 f. Rz 309 ff., 100 Rz 442, 104 Rz 457, Nikon AG. 279 SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 446 ff.

53

im Jahr 2021 auferlegten vertraglichen Verbotes, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97) und (ii) des Vorbehaltes der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), Anhaltspunkte für eine horizontale Kundenabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG vorliegen. 219. Die HAG erklärt, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen der vertraglichen Bestimmung, ist diese geeignet den Wettbewerb zwischen Konkurrenten zu beschränken, so dass Anhaltspunkte für eine horizontale Kundenabrede nach Art. 5 Abs. 3

lit. c KG zwischen der HAG und den Yamaha-Vertretungen in Bezug auf den Verkauf von Vertragsprodukten an Behörden und Handelsbetriebe vorliegen dürften. Dies dürfte auch für den Vorbehalt der HAG, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen, gelten. B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 220. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 221. Bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs von Gesetzes wegen vermutet. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. 222. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Dementsprechend legen die folgenden Abschnitte zunächst die relevanten Märkte und Wettbewerbsverhältnisse (B.4.2.1) dar und prüfen dann, ob bei den oben genannten Wettbewerbsabreden die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gelingen dürfte (B.4.2.2). B.4.2.1 Relevante Märkte und Wettbewerbsverhältnisse B.4.2.1.1. Relevante Märkte 223. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁸⁰ Sachlich relevante Märkte 224. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU,²⁸¹ der hier analog anzuwenden ist).²⁸² Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet

²⁸⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m. w. H., Publigroupe SA et al./WEKO. ²⁸¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). ²⁸² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO.

54

die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.²⁸³ Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²⁸⁴ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung²⁸⁵ bzw. Vorabklärung. 225. Ausgangspunkt sind Abreden zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern über (i) Mindest- oder Festpreise nach Art. 5 Abs. 4 KG für den Wiederverkauf von Yamaha-Motorrädern und Rollern, (ii) einen indirekten Gebietsschutz nach Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf die Vertragsprodukte (Fahrzeuge, Ersatzteile, Zubehör und Bekleidung der Marke Yamaha) und (iii) die Aufteilung von Kundengruppen nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG in Bezug auf die Belieferung der Kundengruppen Behörden und Handelsbetriebe mit den Vertragsprodukten sowie in Bezug auf die Belieferung der Kundengruppen Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen. Marktgegenseite der Generalimporteurin HAG sind ihre offiziellen Vertriebs- und Servicepartner, die Yamaha-Partner in der Schweiz. Da deren Nachfrage nach Yamaha Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Nachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucherinnen und Endverbraucher

Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse. Diese sind die Nachfragerinnen und Nachfrager von Motorrädern, Rollern, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Bekleidung. 226. Aus den Verträgen, den Angaben der HAG und der Yamaha-Partner-Befragung geht hervor, dass die Yamaha-Partner die Yamaha-Produkte überwiegend an Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz verkaufen. Die HAG gibt an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen. Laut der Yamaha-Partner-Befragung kommt es zudem auch vor, dass die Yamaha-Partner technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkaufen. Dem Sekretariat liegen keine Informationen dazu vor, ob es sich bei den Nachfragern von technisch modifizierten Fahrzeugen ausschliesslich um Endkundinnen und Endkunden handelt. Bei den Behörden ist dies wahrscheinlich der Fall. Bei den Handelsbetrieben und Flottenbetreibern scheint es unklar. 227. Es stellt sich die Frage, ob Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile anderer Marken für die Marktgegenseite Substitute zu den Yamaha-Fahrzeugen, dem Yamaha-Zubehör und den Yamaha-Ersatzteilen darstellen. Das unter einer Marke eines Herstellers verkaufte Motorrad einer bestimmten Kategorie ist gemäss der Vorabklärung i. S. Harley-Davidson mit einem Motorrad der gleichen Kategorie einer anderen Marke funktionell austauschbar (funktionelle Austauschbarkeit).²⁸⁶ Vor diesem Hintergrund wird für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung davon ausgegangen, dass Yamaha-Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile von den Endkundinnen und Endkunden als durch Fahrzeuge, Zubehör und Ersatzteile (soweit technisch möglich) anderer Hersteller als substituierbar angesehen werden und damit mit diesen im Wettbewerb stehen. 228. In der Harley Davidson-Vorabklärung unterteilte das Sekretariat den sachlich relevanten Markt für Motorräder weiter nach dem Verwendungszweck der Motorräder (Motocross, Sport, Touring, Cruising, Chopper).²⁸⁷ Der sachlich relevante Markt für Motorräder könnte allenfalls auch nach dem Hubraum der Fahrzeuge segmentiert werden.²⁸⁸ Wie die sachlichen Märkte

283 RPW 2010/4, 670 Rz 165, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 284 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO; BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer. 285 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe SA et al./WEKO. 286 RPW 2013/3, 295 Rz 110, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 287 RPW 2013/3, 294 f. Rz 104 ff. und 299 Rz 125 f., Harley-Davidson Switzerland GmbH. 288 RPW 2013/3, 294 f. Rz 104 ff. und 299 Rz 125 f., Harley-Davidson Switzerland GmbH; Conseil de la concurrence, décision n 03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, vom 18.8.2003, Rz 12 ff.; Conseil de la concurrence,

55

konkret abzugrenzen sind, bedürfte weiterer Abklärungen, von denen hier abgesehen wird, da sie keinen Einfluss auf die gegenwärtigen Erwägungen hätten. 229. Das Sekretariat geht im vorliegenden Fall von provisorischen Märkten für Fahrzeuge (Motorräder und Roller) aus, zu denen die von den Behörden, Handelsbetrieben und Flottenbetreibern nachgefragten technisch modifizierten Fahrzeuge jeweils auch gehören und lässt offen, ob der Markt für Fahrzeuge in Motorräder und Roller zu segmentieren ist. 230. Der Begriff „Zubehör und Ersatzteile“ ist ein Sammelbegriff für alle möglichen technischen und nicht-technischen (An-)Bauelemente von einem Motorrad.²⁸⁹ Darunter fallen nach gängiger Marktauffassung Teile wie Auspuffanlagen, Blinker, Bremsen, Fussrasten,

Kupplung, Kühlung, Luftfilter etc.²⁹⁰ Es wird davon ausgegangen, dass die Marktgegenseite, d. h. die Endkundinnen und Endkunden, bei Bedarf von Zubehör und Ersatzteilen von Motorrädern potenziell auf die Gesamtheit der dahinterstehenden Produkte zurückgreift.²⁹¹ Zudem wird das gesamte Portfolio von Zubehör und Ersatzteilen von den Herstellern angeboten.²⁹² Eine weitere Segmentierung von Zubehör und Ersatzteilen in die jeweiligen einzelnen Unterkategorien ist für die vorliegende Vorabklärung nicht zweckdienlich und wird deshalb offengelassen. Im Folgenden wird deshalb der sachlich relevante Markt für Zubehör und Ersatzteile als Gesamtmarkt aller technischen und nicht-technischen (An-)Bauelemente eines Motorrads betrachtet. Die Original Yamaha-Zubehör und Ersatzteile stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Yamaha-Zubehör und Ersatzteile dem Markt für Zubehör und Ersatzteilen in seiner Gesamtheit zugeordnet.²³¹ Zu Accessoires und Motorradbekleidung ist Folgendes festzuhalten: Gemäss den verschiedenen Angeboten der Hersteller von Accessoires versteht man unter diesem Begriff eine Ansammlung von nicht-technischen Gegenständen, welche ein Motorrad in modischer Hinsicht ergänzen, bzw. einen nebensächlichen Gegenstand, welchen man aufgrund von persönlichen Vorlieben und Wünschen gerne besitzen möchte.²⁹³ Unter „Accessoires“ findet man Gegenstände wie Abdeckplanen, Messer, Gepäckträger, Satteltaschen, Kugelschreiber, Gürtelschnallen, Taschenlampen, Pins, Zierembleme, etc.²⁹⁴ Auch hier kann im Sinne einer Arbitrithypothese eine weitergehende Segmentierung in engere sachliche Märkte unterlassen werden, da es keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorliegenden Abklärungen hat. Der sachlich relevante Markt für Original Yamaha-Accessoires wird deshalb im oben genannten Sinne abgegrenzt. Die Original Yamaha-Accessoires stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Yamaha-Accessoires dem Markt für Accessoires in seiner Gesamtheit zugerechnet.

décision n 07-D-25 relative aux saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits, vom 25.7.2007, Rz 12; Conseil de la concurrence, décision n 06-D-26 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, vom 15.9.2006, Rz 25 f. 289 RPW 2013/3, 299 Rz 127, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 290 RPW 2013/3, 299 Rz 127, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 291 RPW 2013/3, 300 Rz 127, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 292 RPW 2013/3, 300 Rz 127, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 293 RPW 2013/3, 300 Rz 129, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 294 RPW 2013/3, 300 Rz 129, Harley-Davidson Switzerland GmbH.

56

232. Unter Motorradbekleidung fallen nach marktüblicher Auffassung alle Kleidungsstücke, welche man üblicherweise zum Motorradfahren braucht. Demnach sind Stiefel, Helme, Handschuhe, Jacken und Hosen darunter zu finden.²⁹⁵ Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung wird auf eine weitere Segmentierung verzichtet, da es unwahrscheinlich scheint, dass eine engere Abgrenzung einen Einfluss auf das Ergebnis hat. Als sachlich relevanter Markt für Motorradbekleidung wird deshalb von einem Gesamtmarkt aller Kleidungsstücke im oben genannten Sinne ausgegangen. Die Original

Yamaha-Motorradbekleidung stellt aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheidet sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund wird Original Yamaha-Motorradbekleidung dem Markt für Motorradbekleidung in seiner Gesamtheit zugerechnet. 233. Gestützt auf die erfolgten Erwägungen wird für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung von je separaten sachlich relevanten Märkten für den Verkauf (i) von Fahrzeugen (ein Markt für Motorräder und einer für Roller mit oder ohne technische Modifikationen), (ii) von Zubehör und Ersatzteilen sowie (iii) von Accessoires und Motorradbekleidung ausgegangen. Räumlich relevante Märkte 234. Der räumliche relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹⁶ Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer Wettbewerbsabrede betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt. 235. Yamaha-Produkte werden in der Schweiz nach Angaben der HAG durch über 90 offizielle Yamaha-Händler vertrieben.²⁹⁷ Es ist anzunehmen, dass die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten vornehmlich bei ihrem nächstgelegenen Yamaha-Händler ihr Motorrad kaufen. Dass ein gewisser Import aus dem angrenzenden Ausland und weiteren EU-Ländern besteht, weist auf eine weitere räumliche Abgrenzung als einer lediglich nationalen hin. Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz dürften das Zubehör und die Ersatzteile und die Accessoires und Motorradbekleidung ebenfalls primär in der Schweiz, jedoch zumindest auch punktuell im Ausland nachfragen. 236. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird in Anlehnung an andere Verfahren²⁹⁸ von einem mindestens nationalen Markt ausgegangen. In Bezug auf die Bestimmung der Marktanteile ist dabei ausschliesslich die Nachfrage in der Schweiz relevant, da diese von einer allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. B.4.2.1.2. Wettbewerbsverhältnisse Inter- und Intra-Brandwettbewerb 237. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra-Brand- und des Inter-Brand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra-Brand- oder Inter-Brand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

295 RPW 2013/3, 300 Rz 130, Harley-Davidson Switzerland GmbH. 296 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m. H., Publigroupe SA et al./WEKO. 297 Act. 6, S. 1. 298 RPW 2013/3, 300 Rz 131 ff., Harley-Davidson Switzerland GmbH; Conseil de la concurrence, décision n 03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, vom 18.8.2003, Rz 12.

57

238. Vorliegend bezieht sich der Inter-Brand-Wettbewerb auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern von Fahrzeugen, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung. 239. Betreffend Inter-Brand-Wettbewerb ist festzuhalten, dass gemäss der HAG der Marktanteil der HAG (Yamaha) in der Schweiz im Marktsegment für Motorräder im Jahr 2018 bei [10-20 %] lag. Gemäss der HAG hätten Konkurrenten der HAG auf dem Markt für Motorräder im Jahr 2018 folgende Marktanteile gehabt: BMW [10-20 %], Honda [10-20 %] und Harley-Davidson [10-20 %].²⁹⁹ Der Marktanteil der HAG (Yamaha) in der Schweiz im Marktsegment für Roller lag gemäss der HAG im Jahr 2018 bei [20-30 %]. Gemäss der HAG hätten Konkurrenten der HAG auf dem Markt für

Roller im Jahr 2018 folgende Marktanteile gehabt: Vespa [20-30 %], Honda [10-20 %] und SYM [0-10 %]. 300 Die HAG konnte keine Angaben zu den Marktverhältnissen betreffend Ersatzteile und Zubehör für Motorräder und Roller sowie für Accessoires und Bekleidung machen. 301 Hinsichtlich der konkreten Marktverhältnisse wären weitere Abklärungen erforderlich. 240. Der Intra- und Interbrand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Fragen, ob zwischen den Yamaha-Partnern Preiswettbewerb besteht und ob die Yamaha-Partner in der Schweiz Parallelimporte von Yamaha Motorrädern, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen können. 241. Betreffend Preiswettbewerb zwischen den Yamaha-Partnern ergeben die Abklärungen des Sekretariats, dass in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss der Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde und der Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG in Bezug auf die Anzahl Verkaufsstellen, die mindestens die Hälfte der Fahrzeuge zum empfohlenen Verkaufspreis verkauften (Rz 132 bzw. Abbildung 4) bei ca. 42 % und in Bezug auf die Anzahl Einheiten, die zum empfohlenen Verkaufspreis verkauft wurden bei ca. 40 % (Fahrzeug im Grundmodell) bzw. 31 % (Fahrzeug inkl. Sonderausstattungen) liegt. Schliesslich ist bezüglich des Umfangs der Rabatte anzumerken, dass die gewährten Rabatte durchschnittlich einen Anteil von [10-20]% an der Bruttomarge der Yamaha-Partner darstellen (Rz 136). Die Yamaha-Partner gewähren Rabatte, so dass zwischen den Yamaha-Partnern ein gewisser Preiswettbewerb stattfindet. Zudem dürfte zwischen den Yamaha-Partnern ein gewisser Beratungswettbewerb bestehen. 242. Zu Parallelimporten von Fahrzeugen aus der Europäischen Gemeinschaft in die Schweiz gibt die HAG an, diese seien wegen der Konformitätsbescheinigung möglich und für andere Produktkategorien würden keine Hindernisse bei einem Parallelimport bestehen (Rz 53). Hinsichtlich der Möglichkeit von Parallelimporten gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner an, dass der Parallelimport von Yamaha-Produkten möglich sei (Rz 58). Lediglich ein Yamaha-Partner (5 %) gibt an, Parallelimporte von Yamaha-Produkten zu tätigen (Rz 58). Bezüglich der Anzahl parallel- und direktimportierter Fahrzeuge 2018 gab die HAG an, dass diese ca. 0,6 % aller Fahrzeuge betreffen würden. Diese niedrige Anzahl lasse sich u. a. mit den attraktiven Preisen erklären (Rz 53). 243. Zusammenfassend ist gestützt auf die (nicht abschliessenden) Ermittlungen des Sekretariats und die Angaben der HAG, davon auszugehen, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein gewisses Mass an Inter- und Intra- und Interbrand-Wettbewerb bestand bzw. besteht.

299 Act. 10, Antwort zu Frage 37, Quelle ASTRA. 300 Act. 10, Antwort zu Frage 37, Quelle ASTRA. 301 Act. 10, Antwort zu Frage 37.

58

Aussen- und Innenwettbewerb 244. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede zumindest wirksamer Restwettbewerb besteht. Um zu entscheiden, ob die gesetzliche Vermutung widerlegt ist, untersuchen die Wettbewerbsbehörden praxisgemäss zwei Arten von disziplinierenden Kräften. 302 Erstens wird der Wettbewerbsdruck von nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen geprüft (Aussenwettbewerb). 303 Zweitens betrachten die Wettbewerbsbehörden den allenfalls verbleibenden Wettbewerb unter den Teilnehmern der Abreden (Innenwettbewerb). 304 245. Bei der Analyse des Aussenwettbewerbs überprüfen die Wettbewerbsbehörden die disziplinierende Wirkung sowohl aktueller als auch potentieller Konkurrenten. 305

Aktueller Wettbewerb geht von Unternehmen aus, welche vergleichbare Produkte und Leistungen auf demselben Markt anbieten.³⁰⁶ Potentielle Wettbewerber sind Unternehmen, die mittelfristig mit einem vergleichbaren Angebot in den Markt eintreten können.³⁰⁷ Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligen, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist.³⁰⁸ Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen.³⁰⁹ Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmern.³¹⁰ 246. Mit Bezug auf den Aussenwettbewerb ist im vorliegenden Fall den Marktanteilen der Konkurrenten der HAG Rechnung zu tragen. Dem Sekretariat liegen nur die Marktanteile bezüglich Motorräder und Roller vor. Aus diesen geht hervor, dass Drittunternehmen im Verhältnis zur HAG auf diesen Märkten ein ausreichendes Gewicht haben dürften, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. 247. Innenwettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (quantitative Komponente des Innenwettbewerbs) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (qualitative Komponente des Innenwettbewerbs, Rest- oder Teilwettbewerb).³¹¹ 248. Mit Bezug auf den Innenwettbewerb gibt die Mehrheit der Yamaha-Partner in der Befragung an, sich nicht an die horizontale Kundenabrede zu halten. Ein ausreichender Innenwettbewerb in Bezug auf die Belieferung von Behörden und Handelsbetrieben mit Vertragsprodukten dürfte somit bestehen. 249. Zusammenfassend ist gestützt auf die (nicht abschliessenden) Ermittlungen des Sekretariats und die Angaben der HAG, davon auszugehen, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Aussen- und Innenwettbewerb bestand bzw. besteht.

302 RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, Badezimmer. 303 RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, Badezimmer. 304 RPW 2019/3b, 964 Rz 2323, Badezimmer. 305 RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, Badezimmer. 306 RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, Badezimmer. 307 RPW 2019/3b, 964 Rz 2324, Badezimmer. 308 RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, Bauleistungen Graubünden. 309 RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, Bauleistungen Graubünden. 310 RPW 2020/4a, 1820 Rz 458, Bauleistungen Graubünden. 311 RPW 2020/4a, 1822 Rz 467, Bauleistungen Graubünden mit Verweis auf BGE 129 II 18, E. 8.3.4, Buchpreisbindung; RPW 2019/3b, 964 Rz 2325, Badezimmer.

59

B.4.2.2 Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 250. Es braucht im Rahmen einer Vorabklärung nicht eingehend geprüft zu werden, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann.³¹² Im Rahmen der Vorabklärung ist einzig zu eruieren, ob ein Anfangsverdacht für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung besteht, welcher das Anregen von Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG oder die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigt.³¹³ Vertikale Preis- und Gebietsschutzabreden 251. Sowohl für die vertikalen Preisabreden als auch für die vertikalen indirekten Gebietsabreden dürfte vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse, namentlich, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Inter- und Intra-brand-Wettbewerb bestanden haben bzw. bestehen, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG zu

widerlegen. Horizontale Kundenabreden 252. Vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse, namentlich, dass auf den Märkten für Motorräder und Roller ein ausreichendes Mass an Aussenwettbewerb bestand bzw. besteht, d. h. Drittunternehmen im Verhältnis zur HAG auf diesen Märkten ein ausreichendes Gewicht haben, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten, dürfte die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG gelingen. B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 253. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG.³¹⁴ Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen sowie tatsächlicher Auswirkungen und der erfolgten Umsetzung der Abrede. 254. Hinsichtlich der oben genannten Abreden zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern sind zurzeit keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit hinweisen würden. B.4.4 Rechtfertigung 255. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Vertikale Preisabreden 256. Im Zusammenhang mit den Preisanschriftsklauseln, erklärte die HAG, dass die Beschriftung der Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen dem Kunden eine transparente Kommunikation gewährleisten solle. Die HAG brachte zudem vor, aus «Gründen des

312 RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, SwissZinc AG. 313 RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, SwissZinc AG. 314 BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, Pfizer m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, Gaba; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, Altimum SA.

60

einheitlichen Auftritts» den Yamaha-Partnern Fahrzeugbeschriftungen für den Showroom zur Verfügung zu stellen, die mit der Angabe von unverbindlichen Preisempfehlungen versehen seien. 257. Dazu ist anzumerken, dass die Beschriftung des Fahrzeuges mit dem empfohlenen Verkaufspreis für einen einheitlichen Auftritt nicht erforderlich ist und sonstige visuelle Massnahmen genügen, so dass die Begründung der HAG insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit nicht überzeugt. Weitere Rechtfertigungsgründe für vertikale Preisabreden sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Vertikale Gebietsschutzabreden 258. Die HAG führt aus, dass die Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner der Qualitätssicherung und Sicherstellung von Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen dienen solle. Mit der Verpflichtung der Yamaha-Service-Stellen, Vertragsprodukte nur von der HAG und insbesondere Yamaha-Fahrzeuge nur von den ihnen zugewiesenen Yamaha-Vertretungen zu beziehen, solle die Qualität gesichert und der Know-how-Transfer gewährleistet werden und somit sollen keine Doppelspurigkeiten und Missverständnisse entstehen. Dazu ist anzumerken, dass Qualitätssicherung auch ohne Bezugspflichten verfolgt werden kann, so dass die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit nicht überzeugen.

Eine abschliessende Analyse kann gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht vorgenommen werden. 259. Die HAG begründet die vertragliche Garantiebeschränkung auf von der HAG importierte Fahrzeuge und bis 2021 Ersatzteile damit, dass YMC der HAG andere Garantieleistungen grundsätzlich nicht rückvergüten würde, was jedoch dem Wortlaut des Warranty Agreements zwischen der HAG und YMC widerspricht. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, würde eine solche Vereinbarung keinen Rechtfertigungsgrund darstellen. Horizontale Kundenabreden 260. Zu den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagten, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Rz 97), macht die HAG keine Rechtfertigungsgründe geltend. Rechtfertigungsgründe sind auch nicht ersichtlich und es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG vor. Die HAG erklärt, dass es den Yamaha-Partnern nicht untersagt sei, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe oder Flottenbetreiber zu liefern und die Klausel dazu missverständlich formuliert sei. Die Mehrheit der Yamaha-Partner gibt an, Standardfahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu liefern. Dies deutet auf einen rein formellen Charakter des Belieferungsverbotes in den Verträgen 2017 der Yamaha-Vertretungen von Behörden und Handelsbetrieben hin und darauf, dass dieses nicht gelebt und die Abrede nicht umgesetzt wurde. Unter Berücksichtigung der erfolgten Vertragsanpassung, namentlich der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Bestimmung, verzichtet das Sekretariat auf weitere Abklärungen zu Rechtfertigungsgründen und auf eine diesbezügliche Anregung. 261. Den vertraglichen Vorbehalt der HAG, als einzige technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Rz 98 ff.), begründete die HAG damit, dass die betroffenen Fahrzeuge zwingend von YMC vorgängig abgenommen werden müssten und Yamaha dafür strenge Richtlinien vorgebe und der Vertrieb dieser Fahrzeuge deshalb für die Yamaha-Partner gar nicht möglich wäre. Vier Yamaha-Partner geben tatsächlich an, keine technisch modifizierten Fahrzeuge aufgrund fehlender Kapazitäten zu verkaufen (Rz 105). Demgegenüber geben drei Yamaha-Partner an, technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber verkauft zu haben (Rz 105).

61

Die HAG gibt zudem an, die KFZ-Bek315 und die VertBek würden nicht regeln, dass das Flottengeschäft mit technisch modifizierten Fahrzeugen nicht dem Importeur vorbehalten bleiben darf. Eine entsprechende Regelung sei auch nicht aus der Rechtsprechung oder der Literatur ersichtlich. Der Exklusivvertrieb sei nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. b(i) VertBek keine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sofern Passivverkäufe möglich sind. Da die HAG alle Yamaha-Partner gleich behandle, fehle es auch an einer allfälligen Diskriminierung nach Art. 7 KG. 316 Schliesslich kündigte die HAG dem Sekretariat an, aus diesen Gründen die Anregung des Sekretariats, die Verträge dahingehend anzupassen, dass die Yamaha-Partner frei sind, Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber mit technisch modifizierten Fahrzeugen zu beliefern, nicht umzusetzen. 262. Aus Sicht des Sekretariats bestehen Hinweise, dass den Yamaha-Partnern tatsächlich die Kapazitäten und das Know-how für technische Modifikationen fehlen. Damit könnte die Abrede zu einer Verbesserung der Qualität des Produktes führen, namentlich zu notwendigen Spezialisierungen, welche den Bedürfnissen der Endkundinnen und Endkunden besser entsprechen. Die Feststellung von Rechtfertigungsgründen bedürfte allerdings weiterer Abklärungen. Aufgrund der geringen Anzahl betroffener

Produkte, der vergleichsweise tiefen Umsätze, die sie generieren, dürften die Auswirkungen dieser Abrede auf den Wettbewerb gering sein. Unter Berücksichtigung vorgenannter Umstände sowie der Tatsache, dass die HAG das Hauptproblem im Zusammenhang mit einer Kundenaufteilung behoben hat, indem die HAG die oben genannte Klausel aus ihren Verträgen gestrichen hat, verzichtet das Sekretariat darauf, der HAG Anregungen in Bezug auf den Verkauf technisch modifizierter Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu unterbreiten sowie auf weitere Abklärungen in dieser Hinsicht.

B.5 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG 263. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, unzulässig. 264. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob Anhaltspunkte für ein Wettbewerbsverbot i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG betreffend Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern bestehen (B.5.1), ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (B.5.2) und, sofern dies der Fall ist, ob es eine Rechtfertigung für die Abrede gibt (B.5.3).

B.5.1 Wettbewerbsverbote betreffend Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern 265. Nach Ziff. 6 VertBek umfassen Wettbewerbsverbote insbesondere alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Abnehmer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek werden Abreden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden zum Gegenstand haben. Zu prüfen ist, ob (i) aufgrund der Vertragsklauseln, die einen Garantiausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75) und (ii) aufgrund der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), Anhaltspunkte für Wettbewerbsverbote nach Art. 5 Abs. 1 KG (i. V. m. Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek) vorliegen.

315 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek). 316 Act. 123, Rz 9 f.

62

266. Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantiausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), waren die Yamaha-Partner während der Dauer der Herstellergarantie in den Jahren vor 2021 verpflichtet, bei Wartungs-, Service- und Garantieleistungen ausschliesslich Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden. Die Mehrheit der befragten Yamaha-Partner gibt an, die Garantie verfallt, wenn im Rahmen von Service- und Wartungsarbeiten Ersatzteile verwendet werden, die von Drittanbietern stammen und von der HAG nicht autorisiert sind (Rz 89). Damit dürfte ein Wettbewerbsverbot vorliegen. Jedes Wettbewerbsverbot gilt für die Dauer der Herstellergarantie, d. h. ein bzw. zwei Jahre je Fahrzeug und wurde also nicht für eine unbestimmte Dauer oder eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart. Es ist somit nicht qualitativ schwerwiegend. 267. Die vertraglichen Verpflichtungen der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), können eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, wenn sie einen Mehrmarkenvertrieb in Bezug auf Ersatzteile zu unterbinden. Anzumerken ist, dass die Mehrheit der Yamaha-Partner angibt,

Ersatzteile, die mit Yamaha-Produkten im Wettbewerb stehen, zu beziehen und konkurrierende Ersatzteile zu verkaufen (Rz 90). Damit weicht die gelebte Vertragswirklichkeit wohl vom Wortlaut des Vertrages ab. Der Zeitraum, für den Wettbewerbsverbote betreffend den Verkauf von Ersatzteilen konkurrierender Hersteller vereinbart wurden, ist unbegrenzt, da die Rahmenverträge 2017/2018 mit den Yamaha-Partnern jeweils für eine unbestimmte Dauer abgeschlossen wurden. Mit den Ersatzteilklauseln dürften in casu qualitativ schwerwiegende Abreden nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern für den Zeitraum vor 2021 über ein Wettbewerbsverbot betreffend den Verkauf von Ersatzteilen konkurrierender Hersteller vorliegen. B.5.2 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 268. Bei allen Wettbewerbsabreden, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallen, sind bei der Prüfung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 lit. b VertBek).³¹⁷ 269. Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantiewaiver vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut wurden (Rz 75), waren die Yamaha-Partner in den Jahren vor 2021 verpflichtet, bei Wartungs-, Service- und Garantieleistungen ausschliesslich Yamaha-Originalersatzteile zu verwenden. Die Dauer dieser Wettbewerbsverbote lag unter fünf Jahren. Für die Dauer der Herstellergarantie ergeben sich aus dieser Verpflichtung keine Hinweise auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung. Die HAG hat zudem die Klausel inzwischen angepasst, so dass sich das Wettbewerbsverbot nur auf den Zeitraum vor 2021 bezieht. 270. Die Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Rz 77), war unbegrenzt und dürfte eine qualitativ schwerwiegende vertikale Abrede über ein Wettbewerbsverbot bzgl. Ersatzteile nach Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek darstellen. Nach Ziff. 13 Abs. 1 VertBek führen vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziff. 10 oder 12 Abs. 2 lit. b bis e VertBek fallen, in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Wird diese Marktanteilsschwelle überschritten, ist die Erheblichkeit des Wettbewerbsverbots im Einzelfall zu prüfen. Vorliegend sind die Marktverhältnisse auf dem Ersatzteilemarkt unbekannt, sodass

317 BGE 143 II 297, 316 E. 5.2.2, Gaba.

63

ohne weitere Abklärungen keine Aussagen über die Erheblichkeit des vereinbarten Wettbewerbsverbots bezüglich Ersatzteilen getroffen werden können. Anzumerken ist, dass die Mehrheit der Yamaha-Partner angibt Ersatzteile, die mit Yamaha-Produkten im Wettbewerb stehen zu beziehen und konkurrierende Ersatzteile zu verkaufen (Rz 90) und die gelebte Vertragswirklichkeit vom Wortlaut des Vertrages abweichen dürfte. Die HAG hat zudem die Klausel inzwischen angepasst, so dass sich das Wettbewerbsverbot nur auf den Zeitraum vor 2021 bezieht. Die Feststellung der Erheblichkeit der Abrede zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern bedürfte weiterer Abklärungen. B.5.3 Rechtfertigung 271. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG unter oben genannten Vorausset-

zungen (Rz 255 f.) durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Sollten die oben genannten Wettbewerbsverbote eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen, wären allfällige Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Diese Prüfung bedürfte weiterer Abklärungen. Darauf wird angesichts der bereits erfolgten Vertragsanpassungen verzichtet. B.6 Ergebnis 272. Die Ergebnisse der Vorabklärung lassen sich wie folgt zusammenfassen: - Aufgrund der bis im Jahr 2021 bestehenden vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Fahrzeuge mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften (Preisanschriftsklauseln; Ziff. 2.1 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 111), der Tatsache, dass die HAG den Yamaha-Partnern Preisanschriften zur Verfügung stellte, des Umstandes, dass im Durchschnitt in rund 93 % der Fahrzeugverkäufe das Fahrzeug (gemäss Preisanschriftsklauseln) mit dem empfohlenen Verkaufspreis der HAG beschriftet wurde, der Hinweise auf Druck und Anreize (Rz 172) sowie der Abgabe der (allgemein zugänglichen) Preisempfehlungen der HAG, die nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet waren, liegen Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern hinsichtlich des Verkaufs von Motorrädern und Rollern vor. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich Preisgestaltung unterbreitet (Rz 273, Ziff. 1). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen. Das Sekretariat weist darauf hin, dass sich dieses Vorgehen insbesondere auf die sehr gute Kooperation der HAG sowie den Befolgungsgrad der Preisempfehlungen der HAG durch die Yamaha-Partner abstützt. - Die Vertragsbestimmungen, die eine Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner für die Vertragsprodukte vorsehen (Ziff. 4.1 Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung Rz 41, Ziff. 4.1, Satz 1 revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Vertretung Rz 44, Ziff. 4.1 Rahmenvertrag 2018 Yamaha-Service-Stelle Rz 46, Ziff. 4.1 revidierter Rahmenvertrag 2021 Yamaha-Service-Stelle), ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hinsichtlich Yamaha-Produkten. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich der Alleinbezugsverpflichtung unterbreitet (Rz 273, Ziff. 2). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen. - Um zu vermeiden, dass sich die Winterbestellung, die eine vertragliche Mindestbestellmenge vorsieht (Ziff. 2.13 revidierte Liefervereinbarung 2021 Yamaha-Vertretung), wie

64

eine Alleinbezugsverpflichtung auswirkt, empfiehlt das Sekretariat der HAG, die Klausel dahingehend zu präzisieren, dass die Winterbestellung ein Sonderangebot darstellt und es optional für die Yamaha-Vertretungen ist, diese Bestellung zu tätigen. - Die Weigerung der HAG, die während der Dauer der Herstellergarantie durch Yamaha-Partner an parallel- oder direktimportierten Fahrzeugen erbrachten Garantieleistungen zu vergüten bzw. die vertragliche Beschränkung der Herstellergarantie auf von HAG importierte Yamaha-Fahrzeuge und -Originalersatzteile (Ziff. 4.2 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Ziff. 4.11 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 71 ff.) ergeben Anhaltspunkte für unzulässige indirekte absolute Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG hinsichtlich

Yamaha-Fahrzeugen und -Originalersatzteilen. Das Sekretariat hat der HAG Anregungen hinsichtlich Garantieleistungen für Fahrzeuge und Originalersatzteile der HAG unterbreitet (Rz 273, Ziff. 3). Die HAG hat dem Sekretariat zugesichert, diese umzusetzen (Rz 19). Sofern die HAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt, wird vorläufig darauf verzichtet, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen. - Mit den Vertragsbestimmungen, die den Yamaha-Vertretungen untersagen, Vertragsprodukte an Behörden und Handelsbetriebe zu verkaufen (Ziff. 4.1 Abs. 2 Rahmenvertrag 2017 Yamaha-Vertretung, Rz 96 f.), liegen Anhaltspunkte für unzulässige horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG vor, da keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind. Unter Berücksichtigung der erfolgten Vertragsanpassung, namentlich der ersatzlosen Streichung der entsprechenden Bestimmung, verzichtet das Sekretariat auf diesbezügliche Anregungen. - Mit den Vertragsbestimmungen, die der HAG vorbehalten, als einzige Anbieterin technisch modifizierte Fahrzeuge an Behörden, Handelsbetriebe und Flottenbetreiber zu verkaufen (Ziff. 4.1 Abs. 2 Rahmenvertrag 2018 Yamaha-Service-Stelle, Ziff. 3.1 revidierte Rahmenverträge 2021 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 98 ff.), liegen Anhaltspunkte für grundsätzlich erhebliche horizontale Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. c KG. Aufgrund der geringen Anzahl betroffener Produkte, der vergleichsweise tiefen Umsätze, die sie generieren und der Hinweise auf allfällige Rechtfertigungsgründe, verzichtet das Sekretariat auf weitere Abklärungen zu Rechtfertigungsgründen und auf eine diesbezügliche Anregung.

- Mit den Vertragsklauseln, die einen Garantiausschluss vorsahen, wenn Teile fremder Herkunft (d. h. von konkurrierenden Herstellern) eingebaut werden (Ziff. 4.4 Liefervereinbarungen 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 75), dürften bis im Jahr 2021 (aufgrund der Dauer wohl nicht erhebliche) vertikale Abreden über ein Wettbewerbsverbot bzgl. Ersatzteile vorgelegen haben. Die Dauer dieser Wettbewerbsverbote lag unter fünf Jahren. Für die Dauer der Herstellergarantie ergeben sich aus dieser Verpflichtung keine Hinweise auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung. - Mit der vertraglichen Verpflichtung der Yamaha-Partner, nur Yamaha-Originalteile zu verkaufen und zu verwenden (Ziff. 4.5 Rahmenverträge 2017 bzw. 2018 Yamaha-Vertretung bzw. Yamaha-Service-Stelle, Rz 77), dürften bis im Jahr 2021 qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsverbote i. S. v. Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek zwischen der HAG und den Yamaha-Partnern in Bezug auf Ersatzteile von konkurrierenden Herstellern vorgelegen haben. Deren Erheblichkeit kann gestützt auf die verfügbaren Informationen nicht beurteilt werden. Da die HAG die vorgenannten Bestimmungen aus ihren Verträgen mit den Yamaha-Partnern bereits gestrichen hat, sieht das Sekretariat von einer diesbezüglichen Anregung ab. Es empfiehlt der HAG jedoch, die Herstellerin [über die vorgenannten Erwägungen] zu informieren [...].

65

C Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG 273. Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Das Sekretariat regt die folgenden Massnahmen an, um die erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern: 1. Hinsichtlich Preisgestaltung (i) präzisiert die HAG die Klausel hinsichtlich Produktschriftung (Ziff. 2.1 der Liefervereinbarung Yamaha-Partner) dahingehend, dass die Yamaha-Partner in der Preisanschrift frei sind resp. streicht den Teil, der sie zur Beschriftung der Fahrzeuge mit

dem empfohlenen Verkaufspreis verpflichtet oder ihnen diese empfiehlt, (ii) deklariert die HAG die in den Preislisten angegebenen Preise explizit als «unverbindliche Preisempfehlungen», (iii) informiert die HAG die Yamaha-Partner mittels Rundschreiben darüber, dass sie in der Festlegung der Verkaufspreise gegenüber den Endkundinnen und Endkunden und den Yamaha-Service-Stellen frei sind, und (iv) unterlässt die HAG jegliche Ausübung von Druck (insbesondere Vertragskündigung) oder Anreizen, die unverbindlichen Preisempfehlungen einzuhalten. 2. Die HAG streicht die Klauseln in ihren Verträgen hinsichtlich Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Partner (Ziff. 4.1 der revidierten Rahmenverträge 2021 mit den Yamaha-Vertretungen, Ziff. 4.1 der revidierten Rahmenverträge 2021 mit den Yamaha-Service-Stellen) oder präzisiert diese dahingehend, dass diese unmissverständlich Parallelimporte und Querlieferungen zulassen. 3. Hinsichtlich Garantieleistungen der HAG für Fahrzeuge und Originalersatzteile passt die HAG ihre Verträge mit den Yamaha-Partnern und ggf. mit der Herstellerin dahingehend an, dass klaggestellt wird, dass die Herstellergarantie für Fahrzeuge und Originalersatzteile unabhängig davon, ob das Fahrzeug durch die HAG importiert worden ist, gewährt wird. Sollten die Produkte in einem Selektivvertrieb i. S. v. Ziff. 4 VertBek vertrieben werden, hat dies zu gelten, wenn das Produkt im offiziellen Vertriebsnetz bezogen wurde. D Kosten 274. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG318 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. 275. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere unter der Voraussetzung verzichtet, dass die HAG sich den angeregten Massnahmen unterzieht und die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt. Damit hat die HAG die Verfahrenskosten zu tragen. 276. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

318 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

66

277. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 412,23 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet: - 26,66 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 7'731,40; - 333,44 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 66'688,00; - 52,13 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 6'776,90. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF 81'196,30. 278. Vorliegend ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte für mehrere unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 1, 3 und 4 KG (vgl. B.6 Ergebnis Rz 272), sodass die durch die HAG zu bezahlende Gebühr CHF 81'196,30 beträgt.

67

E Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen;

2. verzichtet vorläufig darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, sofern die hostettler AG Sursee die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt; 3. erhebt Verfahrenskosten von CHF 81'196,30; 4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.